

【文章编号】1002-6274(2009)03-054-07

论我国《反垄断法》域外适用制度^{*}

仲春

(上海交通大学凯原法学院, 上海 200240)

【内容摘要】我国《反垄断法》于2008年8月1日开始实施, 该法确立了建立在效果原则基础上的反垄断法域外适用制度。效果原则确立了国家管辖权行使的法律前提, 但容易带来法律冲突。我国应不断完善反垄断执法程序, 将效果原则与合理原则配合使用, 积极和其他国家与地区开展反垄断执法合作, 并不断深化反垄断法域外适用制度的理论研究。

【关键词】反垄断法 效果原则 域外适用

【中图分类号】DF41 【文献标识码】A

我国《反垄断法》于2008年8月1日开始施行, 该法第2条确立了《反垄断法》的域外适用制度: “中华人民共和国境外的垄断行为, 对境内市场竞争产生排除、限制影响的, 适用本法。”这意味着, 我国《反垄断法》在确定对某一涉嫌垄断行为是否具有管辖权时, 其标准是判断它是否对我国国内市场产生反竞争效果。《反垄断法》的域外适用较之反垄断的境内执法是一个更加复杂的课题, 它不仅涉及经济、法律问题, 还涉及到国际礼让与合作, 涉及恰当的国际竞争合作机构的选择或创建。在法律中明确我国《反垄断法》具有域外效力只是我国《反垄断法》域外适用的一个前提条件, 或者说只是创建了这种可能, 其运作方式和效果则需要进一步的分析。本文将结合一些国家的经验分析我国《反垄断法》域外适用的可能和实现的路径, 为我国《反垄断法》域外适用的顺利进行, 更好地保护我国乃至更广范围内消费者的福利, 提供一些可能的参考。

一、确立《反垄断法》的域外效力并选择效果原则是我国当前必须的选择

反垄断法的域外适用是一个国家为维护其经济利益的必然选择。经济全球化使强大的跨国公司纷纷跨过国界, 在广阔的全球市场披荆斩棘、争夺领地。

全球化对发达国家而言, 带来的是更大的市场和更广阔的利润空间; 而对于发展中国家而言, 全球化是一把双刃剑, 机遇和挑战并存。对于国内的企业而言, 全球化扩大了他们的视野, 带来了全新的经营方式和理念, 增加了经营的压力和动力, 促进企业采取更科学化的管理, 提供更好的服务; 对于消费者而言, 全球化使他们享受到了品质更好的产品。然而, 竞争永远都是惨烈的, 跨国公司的大量兴起使垄断行为对商业的影响已经越过国家界限, 国界外的垄断行为可能对国内经济安全产生重大影响。相对于发达国家而言, 发展中国家经济结构具有更多改善和发展的空间, 发展中国家若放弃反垄断法的域外适用, 其实是弱化了对本国经济安全的保护, 可能导致国际垄断势力横行本国市场, 放弃了民族经济向更高层次发展的要求。因此, 经济发展的现实需要我国确立反垄断法的域外适用制度。另外, 从司法的层面看, 在经济全球化的时代, 反垄断法的域外适用保证了法律适用的完整性。可以设想, 同样对市场公平竞争产生危害的垄断行为, 如果我们仅仅因为实施主体的国籍而决定是否给予法律制裁, 实际上也是一种歧视性立法和司法。

我们还可以举例说明反垄断法域外适用的必要性。假设某种产品有A和B两个生产经营者, A为

* 基金项目: 司法部2008年度国家法治与法学理论研究重点课题《反垄断法实施问题研究》(08SFB1007)的阶段性研究成果。
作者简介: 仲春(1978-), 女, 安徽合肥人, 上海交通大学凯原法学院博士研究生, 深圳大学法学院讲师, 研究方向为经济法。

该国国内生产者, B 为国外生产者。现在 A 和 B 都有意与第三国的 C 公司合并以增强市场占有率和竞争力。如果从全球的视角来看, 无论是 A 与 C 合并还是 B 与 C 合并都是弊大于利, 都不应该获得批准。但是从 A 公司所在的 A 国来看则不尽然。我们假设 A 国的反垄断法不具备域外效力, 那么 A 国只具有禁止 A 和 C 合并的能力, 那么 C 公司只能选择和 B 公司合并。这样, B 公司的市场占有率提高, 占据了垄断地位, 它可以通过提升价格来损害消费者福利。同时, A 公司由于市场占有率的萎缩在竞争市场上处于不利地位。因此 A 国衡量利弊, 将会选择采用批准 A 与 C 合并的执法政策, 尽管从全球的角度看, 这是一桩应该被禁止的合并。可见, 当一国的反垄断法不具有域外效力时, 该国不会选择一个更广阔的角度——全球消费者福利最大化的角度来执行其反垄断政策。就如上面的举例, 如果该国不批准 A 与 C 合并, 那么 A 公司利润下降, A 国利益也随之受损, 这种损失完全由其本国承担。同时, 不批准 A 与 C 合并所带来的好处则是 A 国消费者与全球其他国家消费者所共享的。如果一国反垄断法不具有域外执行力, 而该国又是一个理性的效用最大化者时, 我们很难期望该国能从全球福利的角度来考虑执行其反垄断政策。^[1]

效果原则自从上世纪四五十年代在美国法院确立以来, 一直受到国际社会的诸多批评, 许多国家认为美国反垄断法的域外适用实为霸权主义的表现。但是批评归批评, 还是有越来越多的国家确立了反垄断法的域外适用原则, 并且虽然在适用中考虑礼让, 但都至少将效果原则确立为反垄断法域外适用的重要原则之一。笔者认为, 之所以被广为诟病的效果原则逐步地被多个国家选择作为反垄断法域外适用的原则之一, 是因为它便于国家管辖权的行使。效果原则, 不具备严格的属地或者属人原则的确定性, 即人们可以通过通常情况下非常准确的联结点——当事人的地域或国籍判断一国在特定情况下是否具有管辖权。它通过“效果”这个比较模糊的词汇确立了国家的管辖, 因此使得国家在决定是否管辖上具有较大的自由。在各国都期待通过立法加强对本国经济安全的保护力度时, 扩大管辖权至少比缩小小管辖权有利于自身。反垄断法域外适用的不确定性意味着法律中虽然规定了国家有权适用该条款, 但是否适用则视乎对当时其他各种条件的综合考量。这也是为什么

在我国《反垄断法》出台之前, 尽管学界对我国《反垄断法》的域外适用原则有诸多争论, 但最后还是确立了效果原则。毕竟, “己所不欲, 勿施于人”的交往准则在国际关系中往往是一厢情愿的美好想法, 霸权主义固然带来了指责和抵制, 但畏手畏脚的自我束缚带来的也不全是尊重和礼让。然而, 过度、频繁地使用效果原则, 进行反垄断法的域外适用, 必然遭到其他国家的反对和报复。因此, 如何有克制地使用效果原则, 并在每一次使用中尽量做到对方的认可从而得到实际实行的效果, 既考验政治智慧, 又对我国建立科学的反垄断法执法体系提出了迫切的要求。

二、效果原则在反垄断法域外适用中的确立脉络及效果分析

鉴于我国《反垄断法》已明确将效果原则作为其域外适用的法律原则, 为了准确把握该原则以便预测和指导我国《反垄断法》的域外适用, 我们有必要就该原则的创立和适用情况作一个了解和分析。^①

效果原则, 指如果域外行为对本国产生了直接、实质和可预见的影响, 本国就可以对该域外行为适用本国法律进行管辖。效果原则强调行为的结果而不论行为人和行为地, 是对国际法中传统的属人和属地原则的重大突破。效果原则的要件是在国内产生的效果与发生在国外的行为之间存在直接的因果关系, 并且国外的行为以产生国内的效果为主观意图。众所周知, 反垄断法范畴内的效果原则最初是在美国 1945 年^②的“Alcoa 案^③”中明确确立的, 改变了 1909 年美国在 American Banana Co. V. United Fruit Co.^④一案对反垄断法管辖原则的判决。该案中美国第二巡回上诉法庭 Hand 法官认为, 美国对于那些发生在境外却意图影响并且确实影响了美国国内市场的行为具有管辖权。^⑤效果原则使得美国法院能够管辖那些和美国没有任何联系的公司, 只要该公司行为试图并确实“影响”了美国的市场。何为“影响”, 法院对此限定为对美国国内商业“直接、有意图”的影响, 即谢尔曼法不能适用到那些对美国商业只存在间接影响的垄断行为, 如生产商联合对欧洲市场产品供应的限制而附带导致该产品在美国市场价格的提高。1962 年, 美国最高法院在大陆矿石公司诉联合碳及碳化物公司一案中进一步确认了这一原则^⑥。判决认为, 谢尔曼法对那些阴谋垄断或限制美国国内或国外贸易的行为有管辖权, 并不论该行为是否发生在美国国

外。同时,1965年美国《外交关系法重述》(the Second Restatement of Foreign Relations Law)称联邦法律适用于“在美国境内、或者有实质性影响”的行为。^⑦

由于伤害了贸易伙伴的利益,美国法院通过司法判例确立的“效果原则”遭到世界上大多数国家的抵制,在执行中也遭遇重重困难。反对者认为,美国的这种做法是对国际法准则的破坏,损害了一国主权的完整,违背了国际礼让与和谐的精神。在一段时间内,美国华盛顿至少受到了来自20多个国家的严正抗议,在对抗议无法奏效的情况下,许多国家甚至通过阻断性立法,运用法律手段阻碍美国有关部门的调查,禁止提供某些文件和资料,阻止美国有关判决的执行。典型的国家有:

1. 英国

英国1980年通过的《保护贸易利益法》规定,外国法院和当局指定提供的文件和情报,如果对英国贸易利益造成损害或有损害之意,包括国务大臣认为不可接受的,可以发出指令禁止服从该项指定,否则是一种犯罪行为。该法同时对1975年的《证据(在外国诉讼)法》做出了限制,规定由一外国法院或法庭做出的或代表某一外国法院或法庭所做出的关于在英国取得证据的请求,如果该项请求侵犯了英国的管辖权或有损主权时,则英国的法院不得根据1975年《证据(在外国诉讼)法》第2条的规定发布命令执行该项请求;针对美国谢尔曼法中的3倍赔偿制度,该法甚至还规定了弥补性收入条款(“claw back” provision),即:“凡适用本法的外国判处若干赔偿金的判决,如果认为与妨碍、歪曲或限制商业竞争有关,英国的法院不予受理。对外国法院判决的赔偿金,数额已经给付时,有权向法院要求索还超过应补偿部分(外国法院如判处三倍罚款,按此可以索还两倍)。”

2. 法国

美国的几次域外管辖^⑧促使法国在1980年制定了阻断性的法案,禁止他的公民、居民或者是法国公司的雇员、机构及管理者配合美国透漏司法程序^⑨,在可能影响法国的主权、安全或者基本的经济利益的情况下,不得向外国的政府机构提供经济、商务、工业、财政或技术方面的信息或文件。这就使美国在反垄断法的域外调查时遭遇了巨大的阻碍。

3. 澳大利亚

澳大利亚1976年通过的《外国诉讼法》阻止外国司法机构取得相关证据;1976年通过的《外国反垄断

判决法》限制外国反垄断判决的执行^⑩。1984年工党政府又对《外国诉讼法》进一步强化,使澳大利亚司法部长在拒绝和外国司法合作方面的权限进一步扩大,允许他在符合澳大利亚利益的时候在外国的反垄断诉讼中有权拒绝提供相关的证据和文件。

4. 加拿大

加拿大首先通过立法授予加拿大限制贸易执行委员会禁止执行在加拿大产生反竞争效果的判决。由于美国在19世纪70年代开始的铀垄断调查案件^⑪,加拿大又在1976年通过铀信息安全规则。

这些立法显示了外国政府对于美国《反垄断法》域外适用的蔑视态度,并试图阻断这种适用。面对诸多国家的指责,1976年,美国第九巡回法院的Timberlane木材公司诉美国银行案^⑫中发展了反垄断案件中利益平衡的理论,即合理原则的适用。合理原则要求法院在判断是否进行反垄断法的域外适用时,基于国际法中的礼让,需考虑该判决是否会和国外的法律或政策产生严重的冲突,权衡仅满足本国的利益是否足够支持反垄断法的域外适用。合理原则还意味着,即使域外的反竞争行为对本国产生了直接、实质和可预见的影响,本国基于效果原则具有管辖权,但若该行为如果与另一国有最密切关系,该国对此的利益要高于本国的利益,且该国行使管辖权是合理的,那么基于国际礼让,该法律管辖权应当让与和此有最密切关系的国家。

在美国法院考虑对效果原则加以适当限制的同时,国会也开始思索这个问题。1982年,美国通过《对外贸易反垄断改进法》,规定谢尔曼法“不适用于贸易或商业行为……和国外进行的”,从而将谢尔曼法定位于一部基本在美国本土范围内适用的法律。但该法同时制定了例外条款,即显著地损害了进口、国内商业或者美国的出口的行为可以适用谢尔曼法。^⑬

同时,美国积极地与其他国家和地区开展了反垄断法的合作。美国和德国(1976年)、澳大利亚(1982年)、欧盟(1991年)、加拿大^⑭(1995年)、巴西(1999年)、以色列(1999年)、日本(1999年)、墨西哥(2000年)签订了双边合作协议,美国国内称之为“软”协议。除了用于建立一个合作框架、交换非机密信息以外,美国还和欧盟、加拿大达成了积极礼让协议,与澳大利亚在美国《国际反垄断执行合作法》的框架下达成了特定条件下共享机密调查信息以及通过强制手段

为对方获得信息的协议。这些合作在避免直接冲突和加强反垄断法执行力等方面都收到了较好的效果。

以上各国对美国《反垄断法》域外适用的抵制传达给我们这样的信号,各国是强烈反对他国根据效果原则在域外适用反垄断法的,反对反垄断法域外适用对本国法律秩序的干扰。那么,这些反对者是否做到了克制、礼让,是否将反垄断法的适用严格限定在国土范围内呢?事实告诉我们,各国对于反垄断法域外效力的态度往往是矛盾而善变的,一方面武断坚决地抵制其他国家反垄断法的域外效力,一方面积极地主张本国反垄断法的域外效力。近些年来诸多国家在自己的竞争法中规定了域外适用的效力,尽管条文的表达方式不同,德国、澳大利亚、丹麦、芬兰、法国、希腊、挪威、葡萄牙、西班牙、瑞典、瑞士、加拿大和日本都在立法中将效果原则应用到经济类案件。^⑤

德国1998年第6次修订的《反对限制竞争法》第130条第2款规定,该法“适用于一切在本法适用范围内产生影响的限制竞争行为,即便限制竞争的影响系本法适用范围以外的原因所致,亦同。”

保加利亚共和国1998年5月8日修订的《竞争法》第2条第1款也规定,该法“适用于在保加利亚境内或者境外开展经营活动的所有企业,只要它们公开或者密谋地妨碍、限制、破坏这个竞争”。

俄罗斯1995年修订的《关于竞争和在商品市场中禁止垄断活动的法律》第2条规定:“本法适用于影响俄罗斯联邦各商品市场竞争的各种商务关系。这些商务关系是指俄罗斯和外国的法人、联邦行政权力机构、俄联邦各部门的行政权力机构和各市政当局以及自然人参与的商务关系。当上述主体在俄联邦领域之外所从事的活动或者所订立的协议,可能对俄联邦市场上的竞争产生限制性的或者其他不利影响时,本法也将予以适用。”^⑥

欧盟在《关于控制企业集中行为的规则》中规定,凡是具有“共同体影响”的并购等企业集中行为,欧盟委员会均有权行使反垄断管辖权。如果委员会经过反垄断调查认为并购行为与共同市场不相容,即该交易产生或加强了某种市场支配地位,以致严重妨碍共同体市场内的有效竞争,那么委员会可以禁止该交易,或要求当事方根据其提出的条件修改交易内容。欧盟对波音和麦道公司合并的干涉即表明了运用反垄断法维护国家和地区经济利益的决心^⑦。

由上可以看出,在选择效果原则来支持反垄断法

的域外适用的国家中,美国不是唯一,只是若干国家之一。因此单纯对美国进行指责是不公平的,很多时候不过是五十步笑百步。实际的做法是结合国际法的原则,建立反垄断法域外适用的一套理论和规则,充分讨论国际层面和国内层面反垄断法的协调可能性,作为未来努力的方向。

三、关于我国《反垄断法》域外适用制度的分析与展望

自2008年8月1日我国《反垄断法》开始实施至今,《反垄断法》进行域外适用的案例尚不多。随着时间的推移,我们会不可避免地在《反垄断法》的域外适用过程中发生和其他国家或地区的一些冲突。那么这些冲突可能会发生在哪些领域,有没有什么应对的办法?笔者认为,近年来国际并购风起云涌,可以预见,经营者集中可能是我国《反垄断法》域外适用最先涉足的领域,《反垄断法》发生冲突也最先可能发生在该领域。^⑧现在大约有70多个国家或地区要求企业在并购前进行预申报,^⑨由此而产生的冲突已经不少见。如果不同的国家和地区对一项并购做出了不同的裁决,企业将如何应对?在这种冲突发生时,协调的责任是完全交由企业还是由政府出面进行干预?^⑩当然,中国人口众多,具有广阔的市场潜力,外国企业一般不敢冒险放弃中国市场^⑪,但我们也要认识到动辄以市场不准入为制裁手段并不是最妥善的办法,也可能对制裁实施国市场的稳定产生负面影响。如果企业在利益权衡之后没有选择遵循中国反垄断执法机构的判决,我们如何应对这种局面?我们的制裁办法应该是既可以让在多个国家反垄断机构冲突的判决间踌躇的跨国企业心服口服地接受又能够保证我国反垄断执法机构的权威性,同时还能最大限度地减少对国内消费者利益的不良影响。那么,学界和执法部门应如何开展研究工作?

(一) 不断提高我国《反垄断法》执法体系的科学性、透明性,确保裁决依据的准确以及理论适用的科学,增强裁决的说服力

尽管公司、产品或服务可以是全球性的,但是相关的地理市场以及竞争状况却是不同的,不同的国家对同一行为即便在采取同样反垄断规则和经济分析方法时也会得出不同的结论。^⑫在这种结果差异的情况下,增加程序的公正和透明度可以减少质疑,增强结论的可信度和说服力。在这方面,加强与世界上具

有较成熟反垄断法执法体系的国家和地区的程序协调是一个可行的办法。以我国商务部通过的英博收购 AB 案为例对比,若根据美国 APPA 法案(克莱顿法第 5 条 b-h),执法机关在做出管制决定前 60 日,必须公布其决定的内容,包括其拟采取的校正措施,以及公布执法机关对并购所产生竞争影响的评估报告;在此期间,所有市场竞争者、利益相关人都可以对并购以及对司法部的决定提出异议并说明理由,而所有这些异议也必须公布在联邦公报中。最后,司法部与参与并购企业达成的条件(同意裁决内容),还需经过法院审查是否“符合公共利益”,之后才能以法院做出同意裁决的方式做出决定并生效。而所有这些管制决定的生成和控制程序,在我国对英博收购 AB 案的处理当中都没有体现出来。^②因此,在反垄断法的执法程序上,我们还有很大的改善空间。

(二)效果原则必须要配合利益平衡或者合理原则来适用

如果说反垄断法的国内司法的理论基础越来越依赖于经济学的观点,正如波斯纳所说,今天在反托拉斯问题上,难道还有其他的观点吗?那么反垄断法的域外适用不仅仅依赖于经济学的观点,而且还要考虑更加丰富的政治、历史习俗等因素,这些因素当然最终也可以归结于一国经济发展的本质要求,但至少它在表现层面上是更加丰富和复杂的。在国际竞争法领域,提升经济效率不再是唯一的竞争法目标,甚至可能不是第一位的。在某些跨国的反垄断案件中,我们对国家之间的政治利益分析放在经济分析之前并不感到惊讶。这要求我们在进行反垄断法的域外适用时充分考虑礼让,致力于实现反垄断法域外适用制度的长久可实施性。

(三)尊重其他国家的传统垄断行业,在这些领域不轻易提出反垄断挑战

反垄断法较之传统的民法、刑法,往往具有很强的政策性,在适用时易受本国政治、经济状况的影响。一种在某国被认为是可以处以刑事处罚的严重犯罪行为,在另一国则可能被认为是培育和利用一国的产业比较优势的合法行为。如瑞士一直对本国表业进行产量控制、对价格和销售的垄断行为也持宽容态度;欧盟对联盟及其成员国内的铝业垄断也进行庇护。考虑到这种现状,即使是被戏称为国际警察的美国对这些传统领域也持谨慎态度。例如,如果单从理论上分析,OPEC 通过联合亚洲、非洲和拉丁美洲一

些主要石油生产国控制石油产量达到控制石油价格的目的,是典型的价格卡特尔,属于反垄断法的核心违法行为。然而,1979 年国际石油卡特尔(OPEC)一案的判决中,美国第九巡回法院法官 Choy 指出,“虽然美国国内法将限制贸易的共谋行为视为非法行为,但国际上还没有就谴责卡特尔、利润分配协议以及生产数量协议达成一致意见。美国和其他国家一样承认自然资源的国家主权原则。因为 OPEC 国家显然不同意将他们的行为视为违法,美国也不想在这个没有国际协议的领域进行司法干预。”这说明,美国法院在适用本国反垄断法时,得考虑相关外国的法律制度。^{12]}

(四)加强与其他国家《反垄断法》的合作与协调,以增强我国《反垄断法》域外执法的能力

国际合作可分为双边、多边协调以及国际统一机构或统一法典规制。笔者认为,确定反垄断法国际合作办法的一个重要法理依据在于反垄断法国际适用的公正性基础。如果国际反垄断法的确立基础在于国际社会公认的共同利益,那么它容易得到各国的认同并可能最终以国际法典的形式存在;如果它在大多数情况下仅是出于维护国内经济利益的考虑,但诸多国家又都存在这种利益而需要合作,那么它更可能以协议的形式出现。目前,双边或多边合作应该是反垄断法域外适用的较好方法。反垄断法具有比较明显的公法性质,传统的法学理论认为公法的适用具有严格的地域性,只能在一国管辖范围内实施。这使得反垄断法的域外适用常常遭到他国的反对,在需要他国协助时,也容易遭到拒绝。相比较建立一个国际或多边的司法组织抑或干脆通过一部世界范围内统一的竞争法典^③而言,国家之间的合作虽然未必是最经济的而且也未必是一种能达到最好效果的方法,但它作为一种折中的方式较容易成功。这种合作的方式增强了国家的主权,而统一法典或统一执法则在某种程度上是对国家主权的削弱。近来诸国在反垄断合作方面都表现出越来越大的积极性。例如,英国地方法院以及英国国务大臣 2006 年批准了一起对在美国受到反垄断刑事犯罪指控的英国公民进行引渡,美国人称这在五年前是完全不可想象的。我国政府在 1996、1999 年分别与俄罗斯、哈萨克斯坦签订了《在反不正当竞争和反垄断领域开展合作的协定》,这是我国最早参加反垄断双边合作的实践。目前,我国已经同我国的香港、澳门地区及智利、东盟、巴基斯坦几个

国家签署了自由贸易协定。已完成谈判和在谈的自由贸易区达12个,涉及智利、新西兰、澳大利亚、南部非洲关税同盟等29个国家和地区,涵盖我国外贸总额的1/4。由于反垄断法主要是为了保证经济目的的实现,因此可以首先尝试和这些国家和地区开展反垄断法执法方面的合作。

(五)学界和执法机构应加强对反垄断法域外适用制度的研究,为实践提供理论依据

反垄断法的国际实施制度无论在法理学和经济学基础上都与反垄断法国内实施制度显著不同,在程序制度上则更加复杂。在法理学基础上,我们应充分

讨论反垄断法国际实施制度的公正性所在,以便为该制度的创设提供充分的法理支持。在经济学基础上,除了对国际垄断行为本身需要进行经济分析外,我们还要意识到,当国家发现在对付国际垄断行为所付出的政治和经济成本大于合作所带来收益的时候,反垄断法的国际合作并不能带来经济学上的帕累托最优,合作因而有可能失败。因此,如何创立一个有经济效率的国际反垄断法制度需要仔细衡量。在程序制度上,每一个细节,如管辖权的最终确立、调查取证、文书送达、判决执行都是不小的难题。因此,我们还需要在实践的基础上不断深化理论研究。

注释:

① 由于美国是最早制定《反垄断法》的国家,《反垄断法》域外适用运作的案例丰富,限于文章的篇幅,笔者主要是从美国《反垄断法》域外适用的发展来分析效果原则及相关原则的适用效果情况。

② 20世纪30年代和40年代,法学理论从法律形式主义(以严格的地域管辖为代表)向实用主义或功能主义转变,学者称形式主义是“固定的,无情的,逻辑可推论的”。形式主义对于司法机关的管辖疑问只需简单地提问:该行为发生在这里吗?这种转变在司法上表现为从严格的属地管辖向效果原则和以利益为基础的管辖。参见Morton Horwitz: *The Transformation of American Law 1780-1860* 259 (1977)。了解这个阶段法学理论转变的背景有助于我们理解司法。

③ 美国铝业公司(Aluminum Company of America)在加拿大的分公司和它的股东公司达成了对美国国内铝进口市场的配额协议,限制美国同类产品的生产和出口,影响了美国的对外贸易。法庭发现,从1934年到1938年,该公司控制了美国国内铝进口的90%份额。案中涉及共谋的公司均为外国公司,且共谋行为也在美国境外达成,但法庭认定有管辖权。

④ 1909年,美国香蕉公司诉美国水果公司(American Banana Co. v. United Fruit Co.),美国香蕉公司起诉美国水果公司,认为后者试图阴谋将前者逐出巴拿马香蕉市场以及部分的哥伦比亚市场。法官Holmes认为,谢尔曼法不应适用于发生在美国境外的行为,甚至表示很惊讶,原告希望美国境外的行为居然要由美国国会制定的法律来规范。根据该案例,谢尔曼法只适用于发生在美国国土上的行为,即使行为的参与方均为美国公司也不例外。该案确立的原则使得其后的几十年里谢尔曼法严格限制在美国国内适用,使得美国对于在国外发生而对本国市场具有不良后果的反竞争行为无能为力,并被美国国内的一些学者认为是威胁了美国反垄断法的立法目的。参见Edward A. Rosic, Jr.: Note, *The Use of Interest*.

⑤ Hand法官强调效果的同时还首先强调具有影响的意图,因此该案中确立的效果原则被称为the“intended effects” doctrine,即故意效果原则。这一点在我们谈到效果原则的确立时往往容易被忽视。实际司法中被告人故意往往是难以直接了解的,但可以从相关行为予以推定和证明。

⑥ 该案中几个被告达成一个有害协议意图垄断铅矿行业,其中一个为加拿大公司。作为二战期间的紧急措施,加拿大政府成立了金属控制办公室,这个办公室指定该公司协助购买铅矿并再分配到加拿大矿业加工行业中。原告大陆矿业公司认为,该公司拒绝从他这里购买矿石维护了该加拿大公司的几个美国和加拿大共谋者的市场垄断地位。被告加拿大公司辩称,美国香蕉公司诉美国水果公司中确立的管辖原则使得他不受谢尔曼法管辖,但最高法院拒绝遵循该判例。

⑦ Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States § 38 (1965)。

⑧ 首先,在20世纪70年代中期,美国司法部要求提供的信息中涉及法国航空运输公司的活动信息;其次,美国国会通过《航空异常法》,强化外国航空公司接受美国式公平竞争概念、遵守美国竞争法的要求;再次,美国联邦贸易委员会在一次绝缘玻璃纤维调查中涉及要求提供一个法国公司的相关文件。而对于下文提到的轴案件(该案件中也涉及法国公司被告,且法国政府认为该法国公司是在执行法国政府的指示。而美国反垄断法的干预违反了国家行为原则),法国政府则视美国完全为指挥其他国家如何行使自己的国家权力,是对国际礼让原则的违反。参见Reassessment of International Application of Antitrust Laws: Blocking Statutes, Balancing Tests, and Treble Damages, Duke University School of Law, 1987。

⑨ Discovery requests or orders, 透漏要求或命令,指在诉讼前或诉讼过程中,当事人必须透漏事实真相或有关文件的内容。

⑩ 澳大利亚制定这两个法也和下面提到的轴案件有关。威斯豪斯电力公司向澳大利亚司法部发出查询信试图了解澳大利亚公司在这个卡特尔中的参与情况。澳大利亚政府对此采取了强硬的立场,认为损害赔偿将对澳洲的自然资源产品出口造成伤害。

⑪ 美国的威斯豪斯(Westinghouse)电力公司声称,国外的几个轴生产者达成了固定价格、划分市场、抵制其他竞争者的卡特尔。在案件的透漏程序中,威斯豪斯电力公司试图从国外生产处获得文件和证据,当他向被告之一的英国Rio Tinto Zinc公司所在的英国法院发出查询信的时候,英国政府介入,称英国的国家利益要求法院拒绝该透漏要求。

⑫ 该案中被告意图通过劝说洪都拉斯官方没收原告在该国的财产而阻止其进入洪都拉斯的木材业,影响了原告对美国出口木材,于是原告Timberlane木材公司向联邦法院提出3倍赔偿请求,南加州地方法院驳回了起诉,原告向上诉法院提起上诉,上诉法院的Choy法官认为,虽然美国的谢尔曼法可以适用到在美国境外发生的行为和非美国公民,但是有时美国的利益与同外国保持和谐的利益相比较要弱小得多而不必主张管辖权。Choy法官还提出了在利益衡量时应考虑的因素:行使域外管辖权与外国法律或政策相冲突的程度;当事人的国籍或从属;公司地址或主要营业所的位置;每一个国家行使管辖权所能使当事人服从的程度;被指控的行为对美国的影响及对其他国家影响的比较;当事人故意损

害或影响美国商业的范围及这种影响的可预见程度;被告人在美国从事的行为及其在国外从事的行为的重要性比较。参见张瑞萍:《反垄断法理论与实践探索》,吉林大学出版社,1998年版,第269页。

⑬ 美国国内认为这个法案并没有对反垄断法的域外适用带来进一步的澄清。其后的一些案例虽然对此法案进行了阐述,但效果并不明显,对于谢尔曼法何时能够适用到对外贸易中,仍然无法从立法中得到非常清晰的答案,考虑到美国属于案例法国家,这种困难比大陆法系国家较容易解决。参见Max Huffman: A Retrospective on Twenty-five Years of the Foreign Trade Antitrust Improvements Act, *Houston Law Review*, 2007。法案可见: 15 U. S. C. § 6(a) (2000)。

⑭ 在美国1994年《国际反垄断执行合作法》通过后,美国首先选择和加拿大在新的法案下进行探索性的对话。选择加拿大,按照美国法律专家的分析是一个明智的选择,因为加拿大的竞争法和美国有很大的相似处,并且两国1984年达成的协议使得两国之间有着很好的合作历史。

⑮ 此处经济类案件并不限于反垄断案件。参见: Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 403 cmt. n. 3 (1987), 转引自 Austen Parrish: the Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business, 2008 *Vanderbilt Law Review*。

⑯ 波音和麦道公司在欧洲没有生产基地,因此这是欧盟竞争法一次完全的域外适用。欧盟批准该合并的条件是:波音公司同意放弃3家美国航空公司今后20年内只购买波音飞机的合同;接受麦道军用项目开发出的技术许可证和专利可以出售给竞争者(空中客车)的原则;同意麦道公司的民用部分成为波音公司的一个独立核算单位,分别公布财务报表。对于该合并的法律和政治分析,参见: European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need for Greater U. S. - E. U. Cooperation in the Merger Field, *American University Law Review*, April 1998, 47 Am. U. L. Rev. 1029 (1998)。

⑰ 事实也证明了笔者的猜想,就在笔者写作本文时,商务部有条件批准比利时英博啤酒公司与美国AB公司的合并,即属《反垄断法》在经营者集中领域的域外适用,但这不是一个完全的域外适用,因为两家公司虽然均为外国公司,它们均拥有或持股中国境内的一些啤酒酿造厂。

⑱ Betelsmann Comments, at 2. 转引自 Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, page 217。

⑲ 例如,波音和麦道的合并成功很大程度上得益于美国政府的努力,那么什么情况下需要由政府出面协调并努力,因为政府的干预与否也意味着本国企业是否受到公平的对待。

⑳ 市场销售额和利润是企业权衡其行为的重要因素。2004年,微软在韩国面对Daum公司对其捆绑销售MSN软件的指控时,在其提交给韩国证券交易委员会的季度报告中公然声称,若韩国公正委员会裁决要求微软去除Windows部分代码或专门为韩国市场重新设计Windows产品,会考虑从韩国市场推出Windows必要性。而2003-2004财政年度,微软在韩国的销售额约为2.24亿美元,利润约800万美元,不超过其全球收入的1%,因此微软被称为“看人下菜碟”。参见徐志坚:《韩国反垄断诉讼不服“软”——IT业叫板微软誓讨公平竞争权》,法制日报,2005年12月3日,第3版。

㉑ 通过对通用公司和霍尼韦尔公司430亿美元合并案在已被美国和加拿大批准的前提下,后被欧盟否决,以及欧盟对微软垄断课以重罚的报道,人们认为美国和欧盟在反垄断执法上有着很大的分歧。因为人们看到同样一套的反垄断规则却得出了完全相反的结果。欧洲和美国的反垄断律师都表示,欧盟竞争委员会主席蒙地援引相关经济分析的原则和美国如出一辙,但他们对同一套规则会产生不同的结果却是令人费解。对此,德国政府反垄断问题的常年顾问莫斯卡尔说,双方的立场其实没有实质性的不同。在欧洲,问题的关键是并购将导致或加强操纵市场的地位,而美国关心的是并购是否实际上排斥了竞争。

㉒ 此处为上海交通大学凯原法学院博士研究生潘志成提供的关于英博案的分析建议,在此表示感谢。

㉓ 在制定统一法典方面,美国首先表示反对,在多哈会议上,他们表示,目前世界上众多的国家和地区经济发展水平不协调,国家之间的法律体系、历史和文化均不同,制定一个国际间统一的竞争法典困难很大。最积极的是被称为慕尼黑集团的学者们,他们甚至起草好了一部非常详细的国际竞争法典,期待可能被WTO所采用。慕尼黑法典在欧洲得到了相当大的关注和赞誉,而美国学界对此则没有投入什么热情和关注,甚至带着嘲讽和抵制的态度将其称为“乌托邦”。

参考文献:

- [1] William Sugden, Global Antitrust and the Evolution of an International standard[J]. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, May, 2002
- [2] 王晓晔. 效果原则——美国反垄断法的域外适用[J], 国际贸易, 2002, 1.

On Extraterritorial Application of Chinese Anti-monopoly Law

Zhong chun

(Koguan Law School of Shanghai Communication University, Shanghai 200240)

【Abstract】 Extraterritorial application of Antimonopoly Law of the People's Republic of China is founded on the effect doctrine. Although the doctrine assures validity of extraterritorial application, it brings conflict of laws at the same time. To diminish the conflict and achieve a better enforcement, we should improve enforcement procedure, take the reasonable doctrine into consideration and actively cooperate with other jurisdiction areas in the enforcement of competition law. We should also do further research on the international antitrust law.

【Key words】 Antimonopoly Law; effect doctrine; extraterritorial application

(责任编辑:黄春燕)